

***Sygn. akt I ACa 1042/13***

## WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 28 lutego 2014 r.

Sąd Apelacyjny w Warszawie I Wydział Cywilny w składzie:

***Przewodniczący – Sędzia SA Hanna Muras***

Sędzia SA Maciej Dobrzyński

***Sędzia SA Marzena Konsek – Bitkowska (spr.)***

***Protokolant st. sekr. sąd. Joanna Baranowska***

po rozpoznaniu w dniu 28 lutego 2014 r. w Warszawie

na rozprawie

sprawy z powództwa (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W.

przeciwko Gminie M. T.

o zapłatę

na skutek apelacji powoda

od wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie

z dnia 13 lutego 2013 r.

sygn. akt XXIV C 463/12

***1. zmienia zaskarżony wyrok w ten sposób, że zasądza od Gminy M. T. na rzecz (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 3.337.643,84 zł (trzy miliony trzysta trzydzieści siedem tysięcy sześćset czterdzieści trzy złote osiemdziesiąt cztery grosze) z ustawowymi odsetkami od dnia 8 marca 2012 r. do dnia zapłaty oraz kwotę 107.217 zł (sto siedem tysięcy dwieście siedemnaście złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu;***

***2. zasądza od Gminy M. T. na rzecz (...) spółki akcyjnej z siedzibą w W. kwotę 105.400 zł (sto pięć tysięcy czterysta złotych) tytułem zwrotu kosztów procesu w postępowaniu apelacyjnym.***

***Sygn. akt I ACa 1042/13***

## UZASADNIENIE

Wyrokiem z dnia 13 lutego 2013 r. Sąd Okręgowy w Warszawie oddalił powództwo (...) S.A. w W. o zasądzenie na jej rzecz od Gminy M. T. kwoty 3.337.643,84 zł wraz z ustawowymi odsetkami od dnia wniesienia pozwu do dnia zapłaty tytułem zwrotu bezpodstawnie zatrzymanego wadium i zasądził od powoda na rzecz pozwanego kwotę 7200 zł tytułem zwrotu kosztów procesu.

Sąd Okręgowy ustalił, że Gmina M. T. ogłosiła przetarg nieograniczony na budowę hali sportowo - widowiskowej wraz z infrastrukturą towarzyszącą przy ulicy (...) w T.. Zgodnie z punktem 6 Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia (SIWZ), podmioty biorące udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązane były do wniesienia wadium w wysokości 3.000.000 zł. W punkcie 7 SIWZ wskazane zostały sytuacje, w których zamawiający obowiązany był do zwrotu wadium wpłaconego przez wykonawcę, jak również sytuacje, w których zamawiający miał prawo wadium zatrzymać. W szczególności przewidziano, że zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 lub pełnomocnictwa, chyba, że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. Odnośnie kontaktów między stronami postanowiono, że wykonawca zobowiązany był podać w formularzu ofertowym nr faksu. W przypadku awarii faksu wykonawca zobowiązany był niezwłocznie podać zamawiającemu zastępczy nr faksu, na który zamawiający będzie mógł kierować korespondencję.

Wśród podmiotów, które zdecydowały się wziąć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego była także (...) SA w W., która złożyła zamawiającemu swoją ofertę wraz z potwierdzeniem ustanowienia gwarancji bankowej na kwotę 3 mln zł przez S. A. (Spółka Akcyjna) - Oddział w Polsce w W.. W złożonej ofercie wskazany został numer faksu (...)

Powodowa spółka na skutek przeoczenia nie załączyła do oferty wymaganego certyfikatu (...) wraz z tłumaczeniem na język polski. Pismem z dnia 28 stycznia 2011 roku, sygn. (...)(...) pozwana zwróciła się do powódki o uzupełnienie oferty poprzez przedłożenie tego dokumentu, w nieprzekraczalnym terminie do 14 lutego 2011 roku, godzina 10.00, pod rygorem zatrzymania wadium. Pismo to przesłane zostało powodowi faksem na numer (...), nie zaś na numer faksu wskazany w ofercie, gdyż pod tym ostatnim numerem, tj.(...), przy próbach połączenia się 28 stycznia 2011 roku odtwarzane było nagranie informujące o awarii i wskazujące aby korespondencję kierować na nowy numer faksu: (...). Na numer faksu (...), wysłane zostało do (...) SA tego dnia także drugie pismo, zawierające wezwanie do udzielenia wyjaśnień dotyczących złożonych dokumentów. Oba przesłane faksem pisma wpłynęły do (...) SA, jednak jedynie wezwanie do udzielenia wyjaśnień zostało w ramach struktury organizacyjnej powódki przekazane osobom zajmującym się przedmiotowym przetargiem, tj. A. C. i Z. M.. Pismo wzywające do złożenia brakującego certyfikatu nie zostało przekazane właściwym osobom i w konsekwencji spółka nie złożyła certyfikatu IHF w określonym terminie. W dniu 17 lutego 2011 roku A. J., zajmująca się przetargiem z ramienia Urzędu Miasta T., telefonowała do A. C. ze (...) SA zapytaniem, dlaczego nie doszło do przedstawienia certyfikatu we wskazanym w piśmie z 28 stycznia 2011 roku terminie. A. C. była zaskoczona tym, że wezwanie do załączenia takiego certyfikatu zostało do (...) SA wystosowane. Skontaktowała się ze swoim współpracownikiem Z. M., który również nie miał wiedzy na ten temat i skontaktował się telefonicznie z A. J., celem wyjaśnienia zaistniałej sytuacji. Ostatecznie, po sprawdzeniu przez służby (...) SA, okazało się, że rzeczywiście 28 stycznia 2011 roku wpłynęło do tej firmy, na numer faksu (...), pismo z Urzędu Miasta T. o sygn. (...)(...) z wezwaniem do załączenia certyfikatu (...) i po południu 17 lutego 2011 r. pismo to zostało przedstawione Z. M. i A. C.. Ponieważ żądany certyfikat znajdował się w dokumentach firmy, już następnego dnia został przekazany zamawiającemu.

(...) SA została odrzucona w postępowaniu przetargowym z uwagi na nieprzedłożenie certyfikatu IHF w określonym prawem terminie. Odrzucenie oferty nie miało jednak wpływu na wynik przetargu, gdyż najtańsza okazała się oferta konsorcjum (...) SA. W związku z nieprzedłożeniem certyfikatu IHF w określonym przez zamawiającego terminie pozwana zatrzymała złożone przez powódkę wadium, realizując gwarancję bankową.

Powyższy stan faktyczny był w istocie bezsporny, spór koncentrował się natomiast na ocenie, czy w zaistniałej sytuacji art. 46 ust. 4a ustawy z 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych (Dz. U. nr 19, poz. 177 ze zm.; dalej jako p.z.p.) dawał pozwanej uprawnienie do zatrzymania wadium. Sąd Okręgowy przyznał w tym zakresie rację pozwanej.

Zgodnie z art. 46 ust. 4a p.z.p. zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. (...) SA, zobowiązana do załączenia do oferty m.in. certyfikatu IHF, nie przedłożyła tego dokumentu, wobec czego pismem z 28 stycznia 2011 roku, przesłanym faksem, zamawiający wezwał ją do uzupełnienia tego braku w terminie do 14 lutego 2011 roku do godziny 10.00. Na skutek niedopatrzenia po stronie wykonawcy, skierowane do niego wezwanie nie

zostało dostarczone w ramach jego struktury organizacyjnej właściwym osobom, wobec czego braki oferty nie zostały uzupełnione w określonym terminie. W takim stanie faktycznym Sąd Okręgowy uznał, że do niezłożenia dokumentu doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

Powódka podnosiła, że właściwa wykładnia art. 46 ust. 4a p.z.p. wymaga uwzględnienia celu, jakim wprowadzenie tego przepisu miało służyć, w postaci zapobiegania znowi wykonawców. Odnosząc się do tego stanowiska, Sąd Okręgowy wskazał, że powyższy przepis brzmi jednoznacznie i nie uzależnia skutku w postaci zatrzymania kwoty wadium od dalszych przesłanek. Nie jest natomiast uprawnione uznawanie celu ustanowienia danego przepisu za jeden z elementów jego treści normatywnej, do tego – zdaniem Sądu Okręgowego – sprowadzało się stanowisko strony powodowej. Sąd uznał także, iż proponowana przez stronę powodową wykładnia art. 46 ust. 4a p.z.p. jest niedopuszczalna, gdyż wyjątków nie należy interpretować rozszerzająco, a będący przedmiotem wykładni przepis zawiera wyjątek, zgodnie z którym brak jest podstaw do zatrzymania wadium, jeżeli wykonawca udowodni, że niezłożenie żądanych dokumentów lub oświadczeń, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nastąpiło z przyczyn nieleżących po jego stronie. Zatem, to właśnie z woli samego ustawodawcy jedynie w tych sytuacjach brak jest podstaw do zatrzymania wadium. Gdyby zaś ustawodawca chciał wprowadzić dalsze wyjątki od sytuacji zatrzymania wadium, to z pewnością by je wprowadził.

Wobec powyższego, należało przyjąć, że zatrzymanie kwoty wadium przez pozwaną było uzasadnione. Przypadkowe zagubienie wezwania w strukturze organizacyjnej powodowej spółki nie mogło bowiem zostać ocenione jako zdarzenie nieleżące po stronie wykonawcy. Wręcz przeciwnie, zdarzenie to - chociaż niewątpliwie niezamierzone i przypadkowe - to jednak leżało całkowicie po stronie powodowej spółki. Skoro zatrzymanie wadium przez pozwaną było oparte na prawie, to tym samym brak było podstaw prawnych dla uwzględnienia powództwa.

Od wyroku Sądu Okręgowego powód wywiódł apelację, zaskarżając to orzeczenie w całości. Zaskarżonemu orzeczeniu apelujący zarzucił:

1. naruszenie artykułu 233 k.p.c., poprzez dokonanie oceny materiału dowodowego w sposób wybiórczy, dowolny i sprzeczny z zasadami doświadczenia życiowego, oparcie się jedynie na części materiału dowodowego i w konsekwencji ustalenie, że opóźnienie w złożeniu przez powoda odpowiedzi na wezwanie pozwanej wynikało z przyczyn leżących po stronie powoda, w sytuacji, gdy ze względu na niedoręczenie przez pozwanego wezwania w sposób zgodny z warunkami przetargu i niedołożenie przez pozwanego należytej staranności przy tym doręczeniu, powód nie ponosi winy za udzielenie odpowiedzi w terminie późniejszym niż weń określony,

2. poczynienie błędów w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia, poprzez ustalenie, że pozwany prawidłowo doręczył powodowi wezwanie o sygnaturze (...) (...) a opóźnienie w złożeniu przez powoda odpowiedzi na to wezwanie wynikało z przyczyn leżących po stronie powoda oraz nieustalenie, że nawet gdyby powodowi przypisać częściowo odpowiedzialność za opóźnienie w odpowiedzi na wezwanie, to pozwany bez wątpienia w istotny sposób przyczynił się do powstania tego opóźnienia;

3. naruszenie przepisów prawa materialnego, tj. art. 46 ustęp 4a Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych, poprzez jego błędną wykładnię i art. 5 k.c. poprzez jego niezastosowanie.

Wskazując na powyższe zarzuty, powód wniósł o zmianę zaskarżonego wyroku poprzez uwzględnienie powództwa w całości i obciążenie pozwanego kosztami procesu za obie instancje.

### **Sąd Apelacyjny zważył, co następuje:**

Apelacja zasługiwała na uwzględnienie. Sąd Apelacyjny w całości podziela ustalenia faktyczne dokonane przez Sąd Okręgowy, przyjmując je za własne. Wskazać też trzeba, że stan faktyczny sprawy nie był sporny. Nie zasługuje natomiast na aprobatę dokonana przez Sąd Okręgowy wykładnia art. 46 ust. 4a p.z.p., opierająca się wyłącznie na literalnym brzmieniu tego przepisu i całkowicie abstrahująca od celu wprowadzenia przez ustawodawcę tak

restrykcyjnej normy prawnej. Nie można też podzielić oceny Sądu I instancji co do tego, jakoby strona powodowa została we właściwy sposób wezwana do dołączenia brakującego certyfikatu.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem wysoce sformalizowanym, na co słusznie wskazywały obie strony. Co do zasady jest też postępowaniem pisemnym, choć strony mają możliwość umówić się, że będą się komunikowały za pośrednictwem faksu. Niedochowanie obowiązku dołączenia do oferty brakujących dokumentów na wezwanie zamawiającego i w określonym przez niego terminie może prowadzić do utraty wniesionego wadium, które przypada wówczas zamawiającemu. Przy tak restrykcyjnej dla wykonawcy normie zawartej w art. 46 ust. 4a p.z.p. zasadne jest wymaganie także od zamawiającego, aby ściśle przestrzegał umówionego sposobu komunikacji. Uznać należało, że w rozpoznawanej sprawie pozwany od tego sposobu odstąpił. Oczywiście przyczyny, dla których nie było możliwe doręczenie faksu we właściwy sposób nie leżały po stronie pozwanego. Podkreślić także trzeba, że o ile awaria centralnego faksu jest zdarzeniem nieprzewidywalnym i nie można za nią winić strony powodowej, o tyle bierność strony powodowej, która wbrew swemu obowiązkowi nie podała niezwłocznie pozwanemu innego numeru faksu, świadczy o pewnej niefrasobliwości spółki, szczególnie gdy weźmie się pod uwagę okoliczności wskazywane przez nią samą, dotyczące rozmiaru prowadzonej działalności, liczby oddziałów i pracowników, liczby numerów telefonicznych i numerów faksów, jakimi spółka dysponuje.

Mimo to z zaniedbaniem przekazania pozwanej zastępczego numeru faksu nie sposób wiązać aż tak daleko idących konsekwencji. Jak już wskazano, pozwany mógł komunikować się z powodem pisemnie lub poprzez wskazany nr faksu. Ten okazał się niedostępny, co jednak nie uzasadniało doręczenia korespondencji na inny, dowolny numer faksu należącego do powódki, którego to numeru nie wskazała ona dla celów komunikowania się stron w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zważywszy na pisemny charakter postępowania a także wysoką restrykcyjność art. 46 ust. 4a pzp nie można z podaniem zastępczego numeru faksu dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego utożsamiać automatycznie odtwarzanej wiadomości głosowej zawierającej prośbę o kierowanie korespondencji na inny adres. Podkreślić też trzeba, że brak powiadomienia o zastępczym numerze faksu nie został w specyfikacji istotnych warunków zamówienia obarczony jakąkolwiek sankcją.

Zatem, skoro numer faksu przeznaczony do komunikowania się stron okazał się niedostępny, a inny nie został przez powódkę wskazany, to pozwany winien był wystosować wezwania drogą pisemną, mógł też podjąć działania (telefonicznie lub drogą elektroniczną) zmierzające do ponaglenia powoda do podania zastępczego nr faksu na potrzeby prowadzonego postępowania. Nie było natomiast prawidłowe w tej sytuacji kierowanie się treścią automatycznie odtwarzanej wiadomości, ta bowiem choć skierowana do ogółu osób, usiłujących nadać faks na niesprawny numer, nie może być uznana za wskazanie innego numeru w ramach toczącego się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Należy zgodzić się z powodem, że postępowanie pozwanego w zakresie wystosowania wezwań nie było lojalne. Wysyłając wezwania na inny niż umówiony nr faksu, pozwany kierował się komunikatem głosowym, jednak winien zdawać sobie sprawę, że nie jest to równoznaczne z podaniem nr zastępczego faksu dla potrzeb prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Powinien był też liczyć się z tym, że takie jego zachowanie stwarza ryzyko niedojścia wezwania do właściwego pracownika powodowej spółki. Jest faktem, że powód nie wykonał obowiązku wskazanego w SIWZ w tym zakresie, choć niewątpliwie musiał mieć świadomość wystąpienia awarii numeru wskazanego w swojej ofercie. Jest też jednak faktem, że nie pozbawiało to pozwanego możliwości kontaktu w alternatywny sposób, przewidziany zarówno prawem jak i przez SIWZ, tj. pisemnie. Pozwany, nie mogąc porozumieć się w jeden z przewidzianych sposobów, winien był wykorzystać drugi sposób. Pozostawała mu przecież możliwość wysłania korespondencji pisemnej w sposób tradycyjny – pocztą lub przez innego doręczyciela, czemu nie sprzeciwiały się względy szybkości, gdy zważy się na czas, jaki dzielił datę wezwania od zakreślonego w nim terminu na złożenie żądanego świadectwa (ponad dwa tygodnie). Dopuszczalność drogi pisemnej wynika wprost z art. 27 ust. 3 p.z.p.

Nadto, w formularzu oferty powód wskazał także inne możliwe sposoby komunikacji (e-mail, nr telefonu, adres pocztowy). Zamawiający mógł zatem także podjąć działania w celu potwierdzenia odbioru przez powoda wezwania skierowanego na nr faksu inny niż umówiony, nawiązując komunikację telefoniczną lub za pośrednictwem poczty

elektronicznej. Mógł wreszcie zwrócić się do powodowej spółki o potwierdzenie otrzymania faksu. Nie wykorzystał jednak żadnej z tych możliwości, choć żaden z tych kroków nie wymagał szczególnego zaangażowania sił strony pozwanej.

Zważyć należy, że wezwanie do złożenia dokumentów nie stanowi oświadczenia woli (nie kreuje stosunku prawnego), zatem już z tej przyczyny art. 61 § 1 k.c. nie znajduje zastosowania wprost, a jedynie można go zastosować na zasadzie analogii. W ocenie Sądu Apelacyjnego ograniczenia sposobów składania oświadczeń, wynikające wprost z p.z.p. (art. 9 i art. 27) oraz z SIWZ opracowanych przez pozwanego, wykluczają uznanie, że za prawidłowe wezwanie do uzupełnienia dokumentów uznać należy wezwanie, które dotarło do spółki w dowolny sposób, nie przewidziany w SIWZ i p.z.p., o ile tylko dotarło do odbiorcy w ten sposób, że mógł zapoznać się z jego treścią, nawet jeżeli był to sposób, na który strony się nie umawiały, a zamawiający jest dużym podmiotem o rozległej strukturze organizacyjnej, zatem jest zrozumiałe, że niewłaściwe kierowanie korespondencji każdorazowo zwiększa ryzyko, że korespondencja ta, choć formalnie dotarła do spółki, to jednak nie dotrze do jej właściwej komórki organizacyjnej, lub dotrze z opóźnieniem. Słusznie zatem i skutecznie bronił się powód zarzutem, że wezwanie nie zostało doręczone we właściwy sposób, a tym samym uchybienie terminowi do złożenia certyfikatu nie powinno być oceniane jako zawinione przez wykonawcę, tym samym nie skutkuje ono uprawnieniem pozwanej do zatrzymania wadium. Skutkiem niezłożenia brakującego dokumentu było wykluczenie powoda z postępowania, jednak w świetle powyższych ustaleń i ocen nie było podstaw do wyciągnięcia dalej idących konsekwencji, tj. do zatrzymania wadium.

Sąd Apelacyjny pragnie zwrócić uwagę, że brakujący certyfikat został złożony niezwłocznie po telefonicznej rozmowie, jaką w tej sprawie przeprowadziła z ramienia pozwanej świadek A. J..

Wbrew stanowisku Sądu Okręgowego, w orzecznictwie za utrwaloną można już uznać wykładnię art. 46 ust. 4 a p.z.p. uwzględniającą cel wprowadzenia zawartej w tym przepisie normy prawnej. Sąd Najwyższy w swoich orzeczeniach stoi konsekwentnie na stanowisku, że obowiązek zatrzymania wadium powstaje tylko w przypadku zawinionego działania wykonawcy polegającego na nieuzupełnieniu dokumentów i oświadczeń, o złożenie których wykonawca został zasadnie wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 p.z.p., gdy to zaniechanie wykonawcy zmierza do obejścia prawa, w szczególności przez stworzenie warunków ku temu, by zamówienie udzielone zostało temu wykonawcy, kto zaoferuje najwyższą cenę. Sąd Najwyższy podkreśla każdorazowo, że do przyjęcia zawinienia wykonawcy konieczna jest jego całkowita bierność, umyślność i celowość oraz nasilenie złej woli w niepodporządkowaniu się wezwaniu zamawiającego. Przepis art. 46 ust. 4a został wprowadzony do prawa zamówień publicznych w celu ograniczenia możliwości dokonywania zmów przetargowych polegających na porozumieniu wykonawców prowadzącym do udzielenia zamówienia temu, kto zaoferuje najwyższą cenę. Uprawnienie do zatrzymania wadium przez zamawiającego ma charakter zarówno sankcyjny i dyscyplinujący, jak i restrykcyjny. W konsekwencji konieczna jest jego ścisła interpretacja oraz ocena zaistnienia przesłanek zatrzymania wadium przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności danej sprawy (tak w wyrokach: z 10 maja 2013 r., I CSK 422/12, LEX nr 1331255, z 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10 i z 22 listopada 2012 r., II CSK 448/12, M.Prawn. 2013/24/1324, z 14 marca 2013 r., I CSK 444/12, LEX nr 1318297). Wyroki te wydane zostały w stanach faktycznych różniących się od stanu faktycznego ustalonego w niniejszej sprawie, jednak zawarta w nich wykładnia dotyczy przecież nie konkretnego stanu faktycznego lecz przepisu prawa, tym samym uznać należy, że taka sama wykładnia powinna być dokonana w niniejszej sprawie. Subsumpcja prawna nastąpić powinna bowiem z uwzględnieniem właściwie wyłożonej normy prawnej.

W wyroku z 7 lipca 2011 r., II CSK 675/10, Sąd Najwyższy wskazał, że przyjęcie odmiennego stanowiska i uznanie, że do zatrzymania wadium może dojść w każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, stwarza pole do nadużyć ze strony zamawiającego. Możliwe wówczas staje się wykorzystanie instytucji wadium, jako sposobu nienależytego przysporzenia. Sąd Okręgowy nie dostrzegł, że proponowana przez niego literalna wykładnia prowadziłaby wymiar sprawiedliwości wielokrotnie, w tym także w niniejszej sprawie, do akceptacji dla pozyskiwania przez zamawiającego znacznych przysporzeń majątkowych kosztem wykonawcy (w tym przypadku 3 miliony złotych), mimo braku racji aksjologicznych, które dostatecznie usprawiedliwiłyby wycie wykonawcy z tak znacznego majątku. Te względy nakazują przyjąć za właściwą celowościową wykładnię art. 46 ust. 4a p.z.p.,

dokonaną przez Sąd Najwyższy we wskazanych powyżej orzeczeniach, choć niewątpliwie pożądanym byłoby, aby ustawodawca dokonał korekty redakcyjnej przepisu, tak by jego literalne brzmienie zbliżyło się do jego normatywnej treści. Zaslugują bowiem na uwagę i zrozumienie argumenty pozwanej, która wskazuje, że wobec treści art. 46 ust. 4a p.z.p., jako podmiot obowiązany do przestrzegania dyscypliny finansów publicznych nie czuje się uprawniona do dokonywania wykładni celowościowej, prowadzącej do tak różnych wniosków od wykładni literalnej (zgodzić się trzeba z pozwaną, że wykładnia literalna wskazywałaby, iż obowiązek zatrzymania wadium przez zamawiającego aktualizuje się także w przypadku niedbalstwa a nawet lekkomyślności wykonawcy, zaś zawieruszenie korespondencji w strukturze organizacyjnej powoda mieści się w pojęciu okoliczności leżących po stronie wykonawcy). Tak więc aby uniknąć zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, zamawiający zatrzymują wadium, kierując się literalną wykładnią art. 46 ust. 4a p.z.p., co jednak prowadzi w sposób nieunikniony do procesów sądowych, a samych zamawiających naraża na dodatkowe koszty: konieczność zapłaty wykonawcom odsetek ustawowych i zwrotu kosztów procesu. Powyższe argumenty nie mogą być jednak uznane za wystarczające do stosowania przez sądy wykładni literalnej, lecz powinien pochylić się nad nimi ustawodawca.

Nie można ponadto zgodzić się z oceną Sądu Okręgowego, jakoby art. 46 ust. 4a p.z.p. ustanawiał jako regułę prawo zatrzymania wadium, a wyjątkiem do tej reguły były sytuacje, w których niezłożenie żądanych dokumentów lub oświadczeń w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego nastąpiło z przyczyn nieleżących po stronie wykonawcy. Przeciwnie – regułą wyrażoną wprost w art. 46 ust. 1 p.z.p. jest zwrot wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, zaś art. 46 ust. 4a p.z.p. w całości przewiduje wyjątek uprawniający do zatrzymania wadium.

Reasumując, stronie powodowej nie służyło prawo zatrzymania wadium. Obowiązek zwrotu wadium pozostałym wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania wynika wprost z art. 46 ust. 1 p.z.p. Jeżeli zamawiający nie wykonuje tego obowiązku to popada w opóźnienie, które rodzi obowiązek zapłaty odsetek ustawowych na podstawie art. 481 § 1 k.c. Postępowanie o udzielenie zamówienia zostało rozstrzygnięte 2 marca 2011, w ten sposób, że wybrana została oferta najkorzystniejsza cenowo, zaś oferta powoda została odrzucona. Pozwana jednak nie zwróciła gwarancji bankowej, lecz ją zrealizowała.

Wobec tego Sąd Apelacyjny zmienił zaskarżony wyrok przez uwzględnienie powództwa w całości, w tym co do skapitalizowanych na dzień 7 marca 2012 roku odsetek ustawowych w wysokości 337.643,84 zł oraz kosztów procesu za I instancję, na podstawie art. 386 § 4 k.p.c. O kosztach postępowania odwoławczego Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c.